

义务性法律规范的逻辑分析及立法建议

陈镇河

(厦门大学, 福建 厦门 361005)

摘 要: 逻辑方法就是在概念的基础上进行判断、推理的思维方法。对义务性法律规范多个规范词进行逻辑分析, 有助于我们对义务性法律规范在立法、司法、执法中的理解和应用。立足现实, 应重视其在新法研究和实践中的适用, 加强其明确性与合理性。

关键词: 义务性法律规范; 立法要求; 逻辑分析; 明确性; 合理性

中图分类号: D920.4

文献标志码: A

文章编号: 1002-7408(2015)02-0089-04

法学上的义务范畴是指法律规定的对法律关系主体必须作出一定行为或不得作出一定行为的约束, 与权利相对应。《现代汉语词典》对义务的解释是, 义务是公民或法人按法律规定应尽的责任。应尽的责任更多的是指应为之行为, 而非禁止的行为。消极义务的内容是不作为, 积极义务的内容是作为。当权利主体有资格做某事或以某种方式做某事时, 义务主体处于避免做任何可能侵犯权利主体行动自由之事的消极状态, 即不得干预、阻止或用可怕的结果威胁权利主体。当权利主体拥有接受权时, 义务主体处于给付某物或做出某种对待的积极行动状态。

就中国现行法律而言, 关于义务性法律规范的有 16134 处涉及“应当”规范词, 2229 处涉及“必须”规范词, 58 处涉及“应该”规范词; 关于禁止性法律规范的有 797 处涉及“禁止”规范词, 3874 处涉及“不得”规范词, 22 处涉及“不许”(不许可); 关于授权性法律规范的有 278 处涉及“允许”规范词, 1908 处涉及“许可”, 7460 处涉及“可以”规范词, 176 处涉及“准予”。^[1] 这些主要的规范词中涉及义务性规范的有“应当”“应该”“必须”等共 18418 处; 涉及禁止性规范的有“禁止”“不得”“不许”等共 4693 处; 涉及授权性规范的有“允许”“许可”“可以”“准予”等共 9822 处。可以很明显看出, 涉及义务性的规范词是禁止性的规范词的 3.9 倍, 是授权性的规范词的 1.6 倍, 法律规范中义务性规范大大超过其他两类规范。法律对于义务的规定远远超出了对于权利的规定。义务是否在我们的行为规范中占主要地位, 抑或庞大的义务条文表示我们的义务越多所带来的权利的设定就越多, 这个疑问有待于我们的进一步分析和探讨。

一、义务性法律规范词释义

规范逻辑是广义模态逻辑的一个分支。狭义模态命题主要指可能与必然命题。广义的模态命题泛指一切包含有模态词的命题, 它不仅含“可能”与“必然”这类涉及一个陈述是真或假的模态命题, 还含有“必须”(应当)、“允许”“禁止”这类涉及人的行为规范的模态词的模态命题。义务

性法律规范也是规范逻辑研究的一个对象。义务性法律规范是法律规范对行为者的“不为”的外力影响, 是“不能不为”即“应为”, 对应在法律规范中大致有几个较为常用语词, 如“应当”“必须”“应该”“义务”等。本文对规范词的分析主要法律条文的规范意义上加以阐释。

1. “应当”和“应该”规范词。《现代汉语词典》对于应当的解释是“应该”, 对于应该的解释是“表示理所当然”。这似乎是一种同语反复, 没有真正下定义, 这里暂时认为二者的含义相同, 统一用“应当”来表述。哲学中涉及“应当”的研究, 始发于“休谟命题”及其后的相关问题。所谓休谟命题, 是指至今仍为学者们研讨的蕴含在休谟论述中的哲学命题 “在我所遇到的每一个道德学体系中, 我一向注意到, 作者在一个时期中是照平常的推理方式进行的, 确定了上帝的存在, 或是对人事作了一番议论; 可是突然之间, 我却大吃一惊地发现, 我所遇到的不再是命题中通常的‘是’与‘不是’等连系词, 而是没有一个命题不是由‘应该’或一个‘不应该’联系起来的。这个变化是不知不觉的, 却是有极其重大的关系的。”^[2] “是”是对状态的一种断定, 如《宪法》第 33 条规定: 凡具有中华人民共和国国籍的人都是中华人民共和国公民。该条文的真假是确定的。假如加上“应当”“应当是”的效果从语气上讲该条文变得不是那么确定。可以解释为本来可能“不是”, 但按照一定标准的话“是”。“应当”是一种推断, 是对将来可能出现的情况需要加以肯定或否定, 而目前的状态是无法确定。休谟所言之“是”到“应该”或“不应该”的变化, 其实也是从“一到多”的选择的变化, 从确定的真假到不能确定真假的变化。从逻辑规律讲, “是”无法既蕴含“是”又蕴含“不是”。所以, “应当”是对法律条文所规范的行为的一种确定的要求, 只是这样要求的结果可能为真也可能为假。

徐梦秋认为, 虽然法律规范的形成, 应当建立在对行为与其结果之间的因果联系及其所蕴涵的客观规律认识的基础上, 但休谟早就指出, 从“是”直接推不出“应该”。从逻辑上讲, 由事实的确是推不出规范的。从“外面在下雨”

作者简介: 陈镇河(1971-), 男, 福建漳州人, 厦门大学哲学系逻辑学专业博士生, 职业律师, 研究方向: 逻辑学与法学交叉学科。

并不能推出“外面应当下雨”。同样，从“张三杀了人”也无法直接推出“不应当杀人”。规范判断是以事实判断和价值判断为前提推出来的。因此，我们只能说，对事实以及寓于其中的规律或因果性的把握，是法律规范形成的必要条件，而不是充分必要条件。^[3]周赞认为，休谟所指出的这个关于许多论说“不知不觉”地从“是”滑到“应当”的现象确实是存在的。但这并不意味着从中得出的休谟命题本身就必然成立。不过，周赞在此只是说客观知识可以导出应该，并未进一步说明是如何导出的、为何可以导出。之后他又通过维特根斯坦、康德、马斯洛等学者的论述论证在现实的语言世界中根本就不存在真正的“事实性判断”，认为所谓的“事实性判断”都必定具有某些“当为”的属性。^[4]周赞是从凡物即为心之物出发的观点，而徐梦秋是从心外有物出发的观点，两位的出发点不同。

假若从周赞的观点出发，既承认“这种现象确实存在”，又认为“所谓的‘事实性判断’都必定具有某些‘当为’的属性”，就是说他既承认从“是”推不出“应当”的情况存在，又觉得“是”本身就是含有“当为”的属性，这里似乎有些矛盾。语言是人的思维的产物，或说是逻辑思维的表现。从生理学上，口头语言其实是大脑放电，声带颤动，嘴型变化，从而发出声音，通过空气的传播，到达对方的听力系统，从而达成双方思维、语言或行动的一致或不一致。书面语言也是如此，不过是形式不同罢了。从过程上讲，不管是书面语言的“应当”还是口头语言的“应当”，“应当”影响人们预期的行为，而“是”是对当前状态的描述。法律条文中的“应当”描述对人们行为的预期——即提供要求人们进行的行为模式。

2. “必须”规范词。“必须”和“应当”在大多数的法律文本中都有体现，在宪法中也是如此。宪法是具有最高效力的法律，一切的法律法规的制定都应遵循宪法的规定。考察宪法中规范词的应用，可以简要了解规范词的使用情况及其之间的关系。《宪法》中关于“应当”的规范词有14处，如《宪法》第59条第1款规定：全国人民代表大会由省、自治区、直辖市、特别行政区和军队选出的代表组成。各少数民族都应当有适当名额的代表。第135条规定：人民法院、人民检察院和公安机关办理刑事案件，应当分工负责，互相配合，互相制约，以保证准确有效地执行法律，等等；关于“必须”的有18个，如《宪法》第5条第4款规定：一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究。《宪法》第53条规定：中华人民共和国公民必须遵守宪法和法律，保守国家秘密，爱护公共财产，遵守劳动纪律，遵守公共秩序，尊重社会公德，等等。关于“义务”有13个。

似乎“应当”和“必须”只是语气上的区别，而没有实际适用的区别。有的学者也认为二者是一致的。不过在法律条文中，有使用“应当”，却没有规定相应法律责任的法律规范，这种法律规范有异于含有“必须”的法律规范，其“应当”的含义与“必须”的含义相去甚远。如《宪法》第42条第3款规定，“国有企业和城乡集体经济组织的劳动者都

应当以国家主人翁的态度对待自己的劳动”。这种倡导性义务规范的规定条款中使用“应当”时，往往并不规定相应的法律责任。假如将“应当”换成“必须”，该规范的语气完全不同了。使用“应当”的命题，其是否以主人翁的态度来对待自己的劳动，更多的主动权在于劳动者本身，而换成“必须”的话，这样的态度成了应有之义，带有强制性，甚至还可能附带制裁模式。随着社会经济的发展和人们思想觉悟水平的变化，有些法律规范不适合对违反该义务的行为主体规定相应的法律后果，其主要立法出发点还是指引规范行为主体的行为。这样的法律规范更注重的是价值判断和引导，而不是法律的规范和制约。法律规范中有大量的“应当”是这样的含义，即没有设置法律后果。

“必须”就相对清晰多了，较大部分的“应当”与“必须”同属于应为模式的法律语言范畴，如前述《宪法》第153条的规定和第53条的规定，其强制性规范的法律性质完全相同。法律规范中，“应当为”的，就是“必须为”，反之，法律规定“必须为”，也同样是“应当为”。“当为而不为”的行为都要承担违法后果。又如《刑事诉讼法》第91条规定：公安机关逮捕人的时候，必须出示逮捕证。法律后果是没有出示逮捕证的话，相对人应当不被逮捕。如前所述，“必须”是一个措辞强烈的语词，其行为后果是“不能不”，没有弹性空间。

从以上不完全的归纳中可以发现在大量的两个规范词的应用中，“应当”与“必须”确实有着非常明显的法律后果处理方式的区分，“应当”相比较“必须”其法律后果有较明显的模棱两可，甚至没有规定法律后果。这对于严格的法律适用——司法、执法和守法都可能造成相当大的负面弹性空间，给司法人员、执法人员的法律行为带来很大程度上的无所适从。因此，今后的立法中应考虑制定相应的有效对策。

3. “义务”规范词。法律上的义务是公民或法人按照法律应尽的责任。张文显教授在总结史上主要法学家的观点后认为，法律义务是设定或隐含在法律规范中、实现于法律关系中的，主体以相对抑制的作为或不作为的方式保障权利主体获得利益的一种约束手段。这里的义务是对于权利而言的，义务的履行就是对于权利的实现，不管是作为还是不作为。其他的各种学说更多地从部分主体的主观臆想作为出发点论述义务。从思维逻辑上讲，对于人们的不作为的否定构成了本文所述的人们的义务。张文显教授在这方面的总结很好地体现了人类的逻辑思维，他的论述说明真正的法律应是符合法律主体的共同的思维习惯的。法律规范中有相当多的“义务”规范，在法律规范中规范意义上的义务是以“有……义务”表述出来，虽“有……义务”也属义务性法律规范的范畴，但本文仅针对规范词进行研究，对于属于授权性法律规范的“有……权利”也是如此。

宪法第二章对公民的基本权利和义务有相当数量的义务规范的规定。宪法中的义务是对公权机关和公民对社会所应承担义务的要求。如《宪法》第33条规定：任何公民享有宪法和法律规定的权利，同时必须履行宪法和法律规定的义务。第42条规定：中华人民共和国公民有劳动的权利

和义务。这些法律规范可以以一定的模式来分析。国内有的学者在研究法律义务时对“义务”与“义务规则”做过重要区分。“义务”仅由“应当”+“行为”构成,即“义务”就是“当为”,或说就是“应当做某事”。如《刑事诉讼法》第61条规定:人民法院、人民检察院和公安机关应当保障证人及其近亲属的安全。《刑法》第21条第2款规定:紧急避险超过必要限度造成不应有的损害的,应当负刑事责任,但是应当减轻或者免除处罚。通常我们所谈论的义务,总指具体的、现实的义务;具体的、现实的主体;某种确指的行为;我们观念中的“我”与“行为”之间的确定性联系,因此,可以认为:义务就是“应当做某事”。而义务规则是关于义务的内容、义务成立的条件、义务规则由“条件”+“应当”+“行为”构成。^[5]也有一种情况是“义务”表达的是抽象的内容。如《宪法》第33条第4款规定:任何公民享有宪法和法律规定的权利,同时必须履行宪法和法律规定的义务。这是普遍意义上的义务,公民所履行的是宪法和法律规定之下的义务,而非道德义务或其它。

义务性法律规范在整个法律体系中占有相当重要的地位,前述义务性规范词在全部主要法律条文的32933个规范词中,占有18418处,占全部规范词的56%。禁止性法律规范词(4693处)占全部规范词的14%,授权性法律规范词(9822处)占30%。^[1]由于行为的多样性,三类行为涉及的法律规范词虽然所占比例不一,但三类行为缺一不可,共同构成法律体系中行为模式的整体。

二、义务性法律规范的历史分析

义务意指一种约束、要求和责任。而义务本位是指社会中的人注重自身的约束感或强调政府对民众的持续性要求。我国封建社会以自然经济为基础,宗法家族制度与集权专制政体紧密结合,“儒化”的封建法律的潜移默化使“义务本位”观念渐入人心。另外,中国社会的家族血缘关系始终没有被打破,人们在家庭、社会中只有服从的义务。在法律实践中,“本位”的意义在于如何确认和维护某种特定的社会秩序,并在此前提下塑造人们的权利和义务。在古代,这种义务观念体现在法律中,使得法律对不同身份的人规定不同的义务。中国古代法典只详细规定了庶民对于国家应负的纳税、守法、尽忠、服徭役兵役等种种义务。相对于现代社会的权利本位,多数学者称中国古代社会的法是“义务本位”法。

“义务本位”观念成为主要的意识定位。其在古代法律刑事、民事等方面都表现出强烈的义务色彩。古代刑法实行同罪不同罚。等级高的人们享有种种特权可以减免法律的惩罚,比如“八议”“官当”等制度。“义务本位”作为一种意识也维系中华民族的统一,促进人民的团结以改造自然界和社会。特别是在中华民族面临危机时,“天下兴亡,匹夫有责”,“先天下之忧而忧,后天下之乐而乐”的精神激励了中华民族的每一个人。在立法上强调一定的“义务本位”观还是有必要的。义务相对应的就是权利,“以法治国”是我们追求的理想目标,设定权力的义务规范比设定权利的许可更值得我们研究和推崇。

马克思主义对于义务的观点应先从权利谈起。在权利

的起源上,马克思认为人的权利从来都是历史的、具体的,是由社会的物质文化条件决定的,而不是天赋的、抽象的。马克思指出:权利永远不能超出社会的经济结构以及由经济结构所制约的社会的文化的发展。但是权利的这种相对性却并不妨碍公有制社会的权利的普遍性和真实性。他认为,每个特定的个体在社会经济关系中都存在着差别,但是由于个人与个人、个人与社会的根本利益一致,当个人向社会贡献自己的力量时,即意味着他正在用自己的努力缩小与他人之间的利益差距,同时也为其自身权利的进一步实现创造基础。近代市民社会的一个历史功绩在于,它确立了权利和义务不可分离的原则,而这一原则也是社会主义者所要争取实现的社会原则。马克思在1864年10月为国际工人协会总委员会起草的《协会临时章程》中,写下了这样一段话“一个人有责任不仅为自己本人,而且为每一个履行自己义务的人要求人权和公民权。没有无义务的权利,也没有无权利的义务。”^[6]马克思所要强调的是个人在注重合理的权利要求时,也要注重个人对社会的贡献和义务。因为马克思从来都不赞成资产阶级的“原子式”的个人,而是认为个人永远是社会的个人,社会的存在方式是个人权利实现的根本途径。在大量的马克思主义文献中,多数谈到权利如何体现,权利如何运行等,很少对义务有过多的涉及,这似乎不太合常理。实际上,马克思在强调权利的同时其实也是在阐释义务。早在黑格尔时期,他就认为“义务仅仅限制主观性的任性,并且仅仅冲击主观性所死抱住的抽象的善。当人们说,我要自由,这句话的意思最初只是:我要抽象的自由……义务所限制的并不是自由,而只是自由的抽象,即不自由。义务就是达到本质、获得肯定的自由。”^[7]

新中国成立以来,对于义务的要求更多地体现在权利行使的对等上,理论研究多是涉及对权利的研究。在此是否权利越多相应的义务也就越多?在西方权利观的冲击下,中国的权利观也发生了很大的变化。可以说现代社会所研究探讨的权利更多的是人的权利,而相对应增多的义务则是公权机关的义务。而且在社会主义的权利体系中,任何主体的法律权利都是国家赋予和认可的,个人权利、集体权利、社会权利是相一致的,由此对应的义务从宏观上讲也是一致的,所以上述担心大可不必。个人权利的极端体现如“偷税漏税”“诈骗行窃”“贪污受贿”等都是对公民应尽社会义务的违反,从根本上讲亦即对个人义务的违反。人们利益在政治和法律方面的投射即是关于义务和权利关系的平衡问题。邓小平同志曾深刻指出“民主和集中的关系,权利和义务的关系,归根结底就是……各种利益的相互关系在政治和法律上的表现。”^[8]在当下中国倡导的社会价值体系中,奉行义务和权利对等,较好地体现社会公正,存于大量的法律文献中。权利和义务对等在一定意义上也符合中国传统的中庸思想——允执其中,无过而不及。当下中国社会运行的逻辑思维也正是在这样的规律之下延伸灌输的。

三、找寻明确、合理的义务性法律规范

从法学角度分析以人为本,关乎人的行为不外乎就是

权利和义务这两个方面。罗尔斯说“一个社会体系的正义,本质上依赖于如何分配基本的权利义务,依赖于在社会不同阶层中存在着的经济机会和社会条件。”^[9]很显然,民主社会理当要以人的权利为本。所谓权利,就是“人所应有的由国家法律规定下来的利益”或“受到法律保护的利益”。立法以人为本,就是把人作为立法的根本,通过立法确立人的主体地位,在倡导个体权利与群体权利结合的同时,强调对个体权利的切实保障。马克思指出“在民主制中不是人为法律而存在,而是法律为人而存在。”^[10]人民主权成为国家的政治基础,民主构成了政治权利的合法性依据。人民是法律的基础和国家权力、领导权威的终极源泉,人民应享有神圣不可侵犯的权利。权利的对立面是义务,规定好义务在很大程度上其实就是实现权利。权利的实现从行为模式上讲,需要设定义务性法律规范、禁止性法律规范、授权性法律规范来相互配合。三种规范都可以成为权利的实现者、维护者和救济者。从立法具体的指导原则讲,明确、合理是义务性法律规范的立法要求。

1. 明确性的立法要求。所谓的明确是思维的明确性直至语言的明确性,法律是语言的一种表现形式,在法律条文中间,思维的明确性应该得到充分的体现。在三种规范中义务性法律规范更需要明确性。也即是说,在义务性法律规范的法律条文中必须保证其所要表达的行为规范明晰确定。离开明晰确定会带来含混与歧义,导致法律的不可行。法国著名启蒙思想家孟德斯鸠曾说“法律条文含义不清,罪义不明,足以使一个政府堕落到专制主义中去”。明确性有三个要求:第一,明晰性。明晰性即明白清晰,对法律条文来讲首当其冲的要求是概念清晰使人明白其中的含义。第二,精确性。法律语言不仅应是清晰的,还应是精确的。精确性的要求是针对语言的含混性提出的。在义务性法律规范中,不仅规范词需要充分精确地加以定义,而且一般的语词也应严格地定义,不可模糊了事。甚至有时对规范中的语言描述需要定量描述,明确某种描述假设的条件以及运用广义量词(如,绝大部分,多数等)。第三,一致性。简单讲法律的一致性就是法律条文不矛盾。制定法律规范要求法律条文内部之间必须是协调一致的,不允许有相互冲突的条文存在。而且在法律的外部,该部法律的立法原则、规则、条文都不得与上位法相冲突。一般而言,与上位法相冲突的法律无效。在德沃金看来,立法的一致性原则包括:首先,在实践上,法律规定前后应一致;其次,立法一致性还必须有公平正义上的一致性;再次,立法的一致性原则解释了合法性来源问题。所以在三类法律规范中,彼此的一致性至关重要。无法达致一致性的话,会带来法律条文之间的冲突,增加法律的内耗,消减法律的效力。

2. 合理性的立法要求。合理是一个很大的概念,多位学者都有不少著述。谈合理不能离开理性,或说合理就是合乎理性。比较有影响的理性概念主要有:合理性、工具

理性、批判理性、实践理性、公共理性。^[11]可以说,理性意味着主体具有揭示和把握认识对象的能力,既表明主体所具有的认识能力(主体的理性能力),又表明认识对象所具有的可认识的结构(对象的理性结构)。因此,站在理性的立场上,对象世界不仅是客观的、可知的,而且人类具有揭示对象世界的内在联系的认识能力并且能够依赖这种认识能力指导自身的行为,使自身的行为具有合理性。为了使自己的行为建立在理性的基础上,人们就必须依赖理性标准检验、考察自己的认识活动的合理性程度。社会规范中权利冲突不可避免,而社会资源稀缺的情形中,解决权利冲突的最佳途径就是设定容忍义务。理性成为了法律规范中各种义务设置的标准。义务的背后以及理性落脚点是价值,我们应进一步思考容忍义务法律技术所承载的价值。西塞罗曾言,一个真正理性的人,首先必须是对义务有着良好理解的人,基于此认识和判断,本文将权利负担义务,尤其是容忍义务的法律精神称为“义务理性”,将对于权利伸张约束的法律精神成为“权利理性”。在义务理性下,立法者、司法者、执法者、守法者都应该是一个“合理的”现代人,是一个理性的人,这里的理性不仅指对自己利益最大化的精明判断,且是包括对社会利益的尊重和容忍,对自身权利伸张的约束,对社会公权力延伸的限制。

参考文献:

- [1] 《国家司法考试辅导用书》编辑委员会. 2009 年国家司法考试法律法规汇编[G]. 中国政法大学出版社, 2008.
- [2] [英]休谟. 人性论(下)[M]. 关文运,译. 北京:商务印书馆,1980: 509.
- [3] 徐梦秋,李永根. 法律规范何以可能[J]. 厦门大学学报, 2006, (6).
- [4] 周赞. 为何以及如何研究“应当”? ——一种可能的法学研究进路[G]//厦门大学法律评论. 厦门大学出版社, 2007: 277.
- [5] 张恒山. 义务先定论[M]. 济南: 山东人民出版社, 1999: 61-62.
- [6] 马克思恩格斯全集(第16卷)[M]. 北京: 人民出版社, 1964: 7.
- [7] [德]黑格尔. 法哲学原理[M]. 范扬,张企泰,译. 北京: 商务印书馆, 1961: 168.
- [8] 邓小平文选(第3卷)[M]. 北京: 人民出版社, 1994: 176.
- [9] [美]约翰·罗尔斯. 正义论[M]. 何怀宏,译. 北京: 中国社会科学出版社, 1988: 7.
- [10] 马克思恩格斯选集(第1卷)[M]. 北京: 人民出版社, 1995: 281.
- [11] 葛洪义. 法与实践理性[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 25-28.

【责任编辑: 张亚茹】